

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA: JÁ TEM MANIFESTAÇÃO *OBITER DICTUM* DO PLENÁRIO DO STF

Douglas Fischer
Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUCRS
Procurador Regional da República na 4ª Região
Lattes.cnpq.br/5240252425788419
Texto do site em 29.4.2022
www.temasjuridicospdf.com

Já publicamos aqui (<https://temasjuridicospdf.com/a-prescricao-executoria-da-pena-que-nao-pode-ser-executada-paradoxo-interpretativo/>) o tema da “prescrição executória da pena que não pode ser interpretada” e seu “paradoxo interpretativo”.

No dia de hoje, **29 de abril de 2022**, nova decisão do STJ publicada no Diário de Justiça. Confirmam a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL: TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. DECISÃO DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS, QUE DECRETOU A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, CASSADA PELO TRIBUNAL *A QUO*. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO É MARCO INTERRUPTIVO PARA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, NÃO DA EXECUTÓRIA. PRECEDENTES DO STJ. TEMA 788 AINDA PENDENTE DE JULGAMENTO PELA SUPREMA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção deste Sodalício manteve a interpretação literal mais benéfica ao condenado do art. 112, I, do CP, no sentido de que o termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória é a data do trânsito em julgado para a acusação, e não para ambas as partes.

2. **Após o julgamento proferido pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte, nos autos do HC 176.473/RR, Rel. Ministro ALEXANDRE DE MORAES, fixando a tese de que o acórdão meramente confirmatório também é causa interruptiva da prescrição, este Superior Tribunal firmou entendimento de que o marco interruptivo previsto no art. 117, inciso IV, do Código Penal aplica-se à prescrição da pretensão punitiva e não à pretensão executória.**

3. **Malgrado o Agravante sustentar que a matéria será objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, observo que o ARE n. 848.107, submetido à sistemática da repercussão geral (Tema 788), ainda encontra-se pendente de julgamento pela Suprema Corte.**

4. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental no HC nº 726.722-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, 6ª Turma, STJ, julgado em 26.4.2022, publicado no **DJ em 29.4.2022**)

Não repetirei aqui tudo o que já dito no texto acima (se houver paciência do leitor, para lá remetemos), bem assim nas remissões feitas em nossos Comentários ao CPP e sua Jurisprudência (2022, 14ª ed, Juspodivm), **mas o fato olvidado pelo STJ é que, ao contrário do que dito, há precedente sim (obter dictum) do Plenário do STF.** E mais: o STJ faz uma interpretação “em tiras” do sistema, *venia concessa*.

O fato é que, coincidência hoje foi publicada uma decisão também do STF (1ª Turma) que se reporta a esse julgado do Plenário.

Vamos a eles, analisando com o devido cuidado, destacando-se sua ementa:

Embargos de declaração em agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Penal. Omissão no acórdão. Não ocorrência. Rejulgamento da causa. Impossibilidade. Precedentes. Pretendido reconhecimento da prescrição da pretensão executória. Não ocorrência. Fixação do trânsito em julgado da condenação para ambas as partes como marco inicial da prescrição. Precedente. Tribunal Pleno. Embargos rejeitados.

1. O aresto embargado não incorreu em omissão ou contradição, tendo o órgão julgador decidido, fundamentadamente, a questão posta em julgamento, nos limites necessários ao deslinde do feito.

2. **O TRIBUNAL PLENO** fixou a orientação de que **“[A] PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA**, no que pressupõe quadro a revelar a possibilidade de execução da pena, **TEM COMO MARCO INICIAL O TRÂNSITO EM JULGADO, PARA AMBAS AS PARTES, DA CONDENAÇÃO”**. Logo, **“enquanto não proclamada a inadmissão de recurso de natureza excepcional, tem-se o curso da prescrição da pretensão punitiva, e não a da pretensão executória”** (AI nº 794.971/RJ-Agr, red. do ac. Min. Marco Aurélio, DJe de 28/6/21).

3. Os embargos expressam, efetivamente, a insatisfação do embargante com o deslinde da causa, o qual pretende, em verdade, provocar seu rejulgamento, fim para o qual não se presta o recurso declaratório. Embargos rejeitados. (*Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.301.223-SC, STF, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, julgado em sessão virtual de 18.3.2022 a 25.3.2022, publicado no DJ de 29.4.2022*)

A decisão remissiva é o Agravo Regimental no Agravo nº 794.971-RJ (*famoso caso envolvendo os homicídios culposos praticados pelo jogador Edmundo, pelos quais foi condenado, porém reconhecida a prescrição da pretensão punitiva*).

E o que temos na ementa desse julgado do PLENÁRIO do STF na parte que interessa (excerto complementar e final)?

[...] PRESCRIÇÃO – **PRETENSÃO EXECUTÓRIA – TERMO INICIAL**. A prescrição da pretensão executória, no que pressupõe quadro a revelar a possibilidade de execução da pena, **TEM COMO MARCO INICIAL O TRÂNSITO EM JULGADO, PARA AMBAS AS PARTES**, da condenação.

É preciso ver o que foi debatido.

E aqui vamos esmiuçar para facilitar a compreensão, até para que não se diga ulteriormente que há uma pretensão a desvirtuar o debatido (*a finalidade é outra, esclarecer ...*).

Nesse caso estava-se julgando um **agravo regimental interposto pelo MPF “contra decisão do então relator, Ministro Joaquim Barbosa, que, antes de apreciar o mérito do agravo de instrumento voltado contra a decisão que inadmitiu o recurso extraordinário, declarou a prescrição da pretensão PUNITIVA do Estado, na modalidade intercorrente, uma vez que teria decorrido o prazo de oito anos antes mesmo da chegada do recurso extraordinário a esta Corte”**.

Portanto, a questão central era saber se havia a prescrição da pretensão punitiva, tal como declarada monocraticamente pelo então relator, Ministro Joaquim Barbosa. **Só que o tema da prescrição da pretensão executória (e seu marco inicial) foi debatida no acórdão do STF.**

Com efeito, no início da discussão na Turma (**em 4.11.2014**), o relator, Min. Roberto Barroso, propôs a remessa do tema ao Plenário com o seguinte destaque: **“Presidente, trata-se, aqui, de uma questão que envolve a interpretação adequada do art. 112, I, do Código Penal, relativamente ao termo inicial da prescrição executória”**.

Não analisaremos aqui os fatos envolvendo aquele julgado, mas a discussão jurídica da prescrição executória (mesmo que *obiter dictum* e com as ressalvas destacadas).

Iniciado o seu voto **perante o plenário**, o Relator assentou:

[...] 22. Afastada a prescrição da pretensão punitiva, cabe perquirir sobre a existência da prescrição da pretensão executória, que, de todo modo, geraria a extinção de punibilidade do condenado.

23. **A prescrição é, repise-se, um limite temporal que ocorre em face da inação estatal, razão pela qual não se pode iniciar a contagem da prescrição enquanto não puder ser exercida a pretensão executória.**

Conforme destacado, o trânsito em julgado, para fins de contagem da prescrição da pretensão punitiva, deu-se após o esgotamento do prazo para a interposição do recurso admissível. Porém, para efeito da execução da pena, é necessário apreciar a admissibilidade do recurso extraordinário e julgar o seu mérito, quando superada a etapa do seu conhecimento. A execução da pena, por isso, é marcada pela declaração do trânsito em julgado para que o réu não seja

surpreendido ao interpor os recursos especial e extraordinário antes que estes sejam definitivamente decididos. Portanto, somente se inicia a execução da pena após a declaração do trânsito em julgado, mesmo que este ocorra em momento anterior.

24. **Somente se admitia falar em prescrição da pretensão executória após o trânsito em julgado para a acusação porque, a partir desse momento, era admitida a execução provisória da pena.** Ocorre que, após o julgamento pelo Plenário desta Corte do HC n. 84.078, passou-se a não mais admitir a execução provisória da pena na pendência do recurso extraordinário e, com maior razão, do recurso de apelação.

25. Esse entendimento foi revertido no julgamento do HC 126.292 (Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 17.02.2016), depois confirmado no julgamento da ADC 43-MC e da ADC 44-C (Red. P/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 05.10.2016).

26. **Finalmente, foi revertido novamente, quando do julgamento do mérito dessas ADCs, em 07.11.2019 (Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno), quando o Tribunal passou a exigir o trânsito em julgado da condenação para o início da execução da pena.**

27. **Portanto, o Ministério Público somente teve a oportunidade de executar a pena entre o julgamento do HC 126.192, em 17.02.2016, e a decisão proferida nas ADCs 43 e 44, em 07.11.2019. Somente nesse período é que se pode falar no curso da prescrição da pretensão executória.**

28. Assim, **penso que o princípio da presunção de inocência, tal como atualmente interpretado pelo Tribunal, deve repercutir no marco inicial da contagem da prescrição, originariamente regulado pelo art. 112, inc. I, do Código Penal. Do contrário, estar-se-ia punindo o estado pela inação quando não poderia agir, ou seja, a prescrição somente se aplica em caso de não ser exercida a tempo a pretensão executória estatal.** Nessa linha, há precedentes desta Primeira Turma: [...]

29. Portanto, **a norma prevista no art. 112, I, do Código Penal, deve ser reinterpretada à luz da interpretação atual sobre o princípio da presunção de inocência.**

30. Por essas razões, provejo o agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal para negar provimento ao agravo de instrumento, mantendo a inadmissibilidade do recurso extraordinário e afastando a ocorrência da prescrição.

Ministro Marco Aurélio reconheceu expressamente a “prescrição da pretensão punitiva”, negando provimento ao recurso. Mas disse expressamente:

Novamente o Ministro Barroso:

*Senhor Presidente, eu ouvi com atenção e o carinhoso apreço que tenho pela posição do Ministro Marco Aurélio, que é uma posição constante e sempre fundamentada na sua capacidade de argumentação e de coerência. Mas eu aqui **gostaria de chamar a atenção para uma questão sistêmica de como nós interpretamos e pensamos o Direito.***

E seguem-se debates entre o Ministro Barroso e o Ministro Marco Aurélio:

Senhor

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

– *Seja como for, a questão sistêmica é assim. Eu acho que nós temos compromisso, e por isso fiz o meu introito, com o Direito Penal, que, a meu ver, tem que*

ser moderado, mas tem que ser sério. Vejamos este contexto e como uma interpretação divergente, sempre com todo o respeito: O fato ocorreu em 1995, o acidente em que se deu causa à morte de três pessoas e lesões corporais graves. Vem a apelação e é o julgamento da apelação em 1998. Aí, interpõem-se os recursos especial e extraordinário - estamos já em 99. Vai o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, ele não é admitido e começa a sucessão de recursos: embargos, agravo regimental, embargos de divergência, novo agravo regimental, novos embargos de declaração. E aí fomenta-se uma recorribilidade puramente procrastinatória para fazer com que o processo só terminasse em 2010. E então o Ministério Público, que não podia executar,...

- O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas por que não podia?
- O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Porque o Supremo entende que antes do trânsito em julgado não pode.
- O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por que não podia, se os recursos eram protelatórios? Não posso dizer que o Ministério Público não podia executar e que não corria o prazo da prescrição da pretensão punitiva. O sistema não fecha, Presidente, e o sistema precisa fechar.
- O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- - Com todas as vênias, o sistema não fecha...
- O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Agora, não vamos falar dos crimes praticados porque, senão, eu terei de, na bancada, chorar, tendo em conta as mortes ocorridas.
- O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- - A prescrição é um conceito jurídico que só se consuma se houver inércia de quem deveria praticar uma determinada ação. Se não é possível praticar esta ação porque o Supremo entende que não é possível dar início...
- O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Continua a correr, então, o prazo da prescrição punitiva. Lógico.
- O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Se o Supremo entende que não é possível dar início à execução, não pode correr o prazo. Portanto, eu acho que o sistema não fecha se correr prescrição contra quem não pode agir.
- O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E até então corria, Ministro, o prazo da prescrição punitiva.
- O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Agora, no caso de prescrever a pretensão executória, é pior ainda, porque - e aí retomo - o que nós faríamos, se chancelássemos essa visão de que ocorre prescrição, seria fomentar uma advocacia derogatória, permanente. Portanto, a advocacia criminal ia passar a ser uma busca perene pela prescrição mediante recursos procrastinatórios, e, conseqüentemente, íamos consagrar um sistema da mais ampla impunidade, beneficiando um tipo de advocacia que eu considero negativa e um tipo de crime que eu acho que merece uma resposta da sociedade.

Voto então do Ministro Ricardo Lewandowski:

[...] A segunda questão é saber a exata interpretação do art. 112, I, à luz dos direitos fundamentais da Constituição, arrolados no art. 5º, sobretudo, nos incisos II e LVII. Em relação a este ponto, que é eminentemente constitucional, há uma proposta de que essa matéria seja apreciada pelo Plenário em repercussão geral, no ARE 848.107, cujo relator é o Ministro Dias Toffoli e que foi apresentada ao Plenário Virtual no dia 21/11/2014, portanto, ainda pendente de discussão, e que

tem exatamente essa questão de fundo: saber se a interpretação que o eminente Decano traz à baila - que parece ser a interpretação corrente no Tribunal - viola, ou não, ou é compatível, ou não, com o art. 5º, incisos II e LVII da Constituição.

*Então, é saber, a meu ver, duas coisas. Se podemos continuar com este julgamento, tendo em conta a matéria eminentemente constitucional, **ou se voltamos a apreciar este tema, trazido agora por Vossa Excelência, Ministro Roberto Barroso, juntamente com este ARE, ou aguardamos o quórum completo.***

Novos debates que merecem ser destacados:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Senhor Presidente, curiosamente, essa sugestão de repercussão geral do Ministro Dias Toffoli entrou no Plenário Virtual depois que nós havíamos afetado este **habeas corpus** ao Plenário. E acho até que depois que Vossa Excelência já havia pautado, porque ele acabou de entrar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Dia 21. É isto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Há dois, três dias.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu acho que a pauta é anterior.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Portanto, **eu não tenho nenhuma dificuldade de indicar a suspensão deste julgamento, porque aí já decidiríamos em repercussão geral, com o Plenário completo.**

A única observação, ainda só para dar um passo atrás antes de encerrar, é que este art. 112, I, do Código Penal, foi inserido ao tempo em que vigoravam a norma e o entendimento de que cabia a execução provisória da decisão penal condenatória. Portanto, ele era compatível com o sistema anterior. O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar que não é possível a execução provisória antes do trânsito em julgado, promoveu de uma certa forma uma mutação constitucional em sentido técnico. Mudou o sentido que o próprio Supremo Tribunal Federal dava à norma constitucional da não culpabilidade ou da presunção de inocência.

A certidão foi clara: “Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que dava provimento ao agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, para negar provimento ao agravo de instrumento, mantendo a inadmissibilidade do recurso extraordinário e afastando a ocorrência da prescrição tanto da pretensão punitiva quanto da pretensão executória, e o voto do Ministro Marco Aurélio, que desprovia o agravo regimental, o julgamento **foi suspenso, por indicação do Relator, a fim de se aguardar o julgamento, no Plenário virtual, do ARE 848.107.** Ausentes, justificadamente, os Ministros Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Teori Zavascki. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, **26.11.2014**”.

Ocorre que, **posteriormente, houve a continuidade do julgamento.** E está na certidão de julgamento (fls. 40-41 do acórdão): “Em continuidade de julgamento, após o voto do Ministro Nunes Marques, que negava provimento ao agravo regimental e,

mantida a decisão proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa, declarava extinta a punibilidade do agravado (Edmundo Alves de Souza Neto), em razão da ocorrência, no caso, da prescrição, no que foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, Sessão Virtual de 19.2.2021 a 26.2.2021”.

O Ministro Nunes Marques declarou a prescrição da pretensão punitiva !

Em **19.4.2021**, foi proferido o voto pelo Ministro Alexandre de Moraes:

[...] Uma vez estabelecida essa premissa, chega-se a outro problema, qual seja, determinar o momento em que ocorreu o trânsito em julgado para o presente caso. Essa definição é de extrema importância para fixar, no âmbito penal, o termo final do prazo de prescrição da pretensão punitiva ou o do início da prescrição da pretensão executória. [...]

Quanto à prescrição da pretensão executória, entendo que tem razão o Relator ao afirmar que “o Ministério Público somente teve a oportunidade de executar a pena entre o julgamento do HC 126.192, em 17.02.2016, e a decisão proferida nas ADCs 43 e 44, em 07.11.2019. Somente nesse período é que se pode falar no curso da prescrição da pretensão executória”. **Admitir a contagem do prazo prescricional executório mesmo diante da impossibilidade de execução provisória da pena vai totalmente de encontro com a ideia de inércia estatal, de que decorre o conceito de prescrição.**

No caso concreto, não há se falar em negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo por parte do Estado. Ora, se o Ministério Público não pode executar o título condenatório, como consequência lógica descabe cogitar o início do prazo prescricional. Diante do exposto, ACOMPANHO O RELATOR, votando pelo PROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL interposto pelo Ministério Público Federal, para os fins de negar provimento ao agravo de instrumento, manter a inadmissibilidade do recurso extraordinário e afastar a ocorrência da prescrição”.

A certidão de julgamento expressa que: “O Tribunal, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos dos votos proferidos, vencidos os Ministros Roberto Barroso (Relator), Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luiz Fux (Presidente) e Rosa Weber. Redigirá o acórdão o Ministro Marco Aurélio. Plenário, Sessão Virtual de 9.4.2021 a 16.4.2021”.

A maioria do plenário do STF declarou a prescrição da pretensão punitiva do réu. Porém ficou bastante claro, malgrado pendente mais de 8 anos o ARE 848.107 (que deveria ir urgentemente a julgamento) que houve pronunciamento de julgadores perante o Plenário do STF (mesmo que *obiter dictum* – porque solvida a questão em prefacial anterior, a prescrição punitiva, que foi mantida pelo desprovimento do agravo regimental do MPF) que **não há se falar prescrição da pretensão executória antes do trânsito em julgado para AMBAS AS PARTES.**

Não há dúvidas de que o art. 112, I, CP dispõe expressamente que: “Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

A pergunta é: pela “lei e lógica da época“, por qual razão o dispositivo ?

Simples: porque já com a condenação EM PRIMEIRO GRAU, se não houvesse recurso do MP (transitava em julgado), poderia haver imediatamente o início da execução penal. Assim, era nesse momento que começava a fluir o prazo da prescrição da pretensão *executória*.

Isso não é mais possível, pela reinterpretação das normas legais pelo STF.

E essa reinterpretação não pode ser apenas “tópica”, em prol de “alguns direitos”, mas deve ser feita considerando *todos os direitos*.

Se não pode haver execução de pena antes do trânsito em julgado para ambas as partes (premissa que decorreu de interpretação constitucional), não pode fluir prazo prescricional executório se não há pena a ser executada.

A questão é simples, e não de “literalidade de lei” ou “interpretação *in malam partem*”.

Insistimos no que dito no texto anterior: “*pode vir novamente o argumento: fazer o quê, não está na lei? Então mude-se a lei ! Repitamos: não é uma questão de “estar na lei” e “mudar a lei”, o que estava na lei (como escrito há mais de 60 anos) não é mais o que, racionalmente, se aplica ao sistema. Prescrição pressupõe inércia de ação (no caso, do Estado em executar a pena). Ele não está inerte, ele está “impedido” de executar enquanto não exauridas as instâncias recursais*”.

Salvo melhor juízo sempre.